

In Kooperation mit:
BITKOM - Bundesverband Informationswirtschaft,
Telekommunikation und neue Medien e.V.
davit im DAV - Arbeitsgemeinschaft Informationstechnologie
im Deutschen Anwaltverein
eco - Verband der deutschen Internetwirtschaft e.V.
VPRT - Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V.

MMR

MultiMedia und Recht

9/2013

HERAUSGEBER

Dietrich Beese, Rechtsanwalt, Hamburg – **Dorothee Belz**, Director Legal & Corporate Affairs, Microsoft Deutschland GmbH, Unterschleißheim – **Dr. Michael Bertrams**, Präsident VerGH und OVG für das Land Nordrhein-Westfalen a.D., Münster – **Prof. Dr. Herbert Burkert**, Forschungsstelle für Informationsrecht, Universität St. Gallen – RA **Prof. Dr. Oliver Castendyk**, MSc. (LSE), Direktor Allianz Deutscher Produzenten – Film & Fernsehen e.V., Berlin – **Jürgen Doetz**, Präsident der Fernsehakademie Mitteldeutschland, Leipzig – **Prof. Dr. Carl-Eugen Eberle**, Justitiar ZDF a.D., Mainz – **Prof. Dr. Reto M. Hilty**, Direktor am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München/Ordinarius an der Universität Zürich – **Prof. Dr. Thomas Hoeren**, Direktor der Zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Prof. Dr. Bernd Holznapel**, Direktor der Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Dr. Christine Kahlen**, Leiterin Öffentlichkeitsarbeit, Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Berlin – **Prof. Dr. Günter Knieps**, Direktor des Instituts für Verkehrswissenschaft und Regionalpolitik, Universität Freiburg – **Wolfgang Kopf**, LL.M., Leiter des Zentralbereichs Politik und Regulierung, Deutsche Telekom AG, Bonn – **Christopher Kuner J.D.**, LL.M., Senior of Counsel, Wilson Sonsini Goodrich & Rosati, LLP, Brüssel – **Matthias Kurth**, Präsident der BNetzA a.D., Bonn – **Prof. Dr. Wernhard Möschel**, Vorsitzender des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWi/Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Universität Tübingen – **Robert Queck**, Maître de Conférences, Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID), Universität Namur, Belgien – RA **Prof. Dr. Peter Raue**, Raue LLP, Berlin – RA **Dr. Wolfgang von Reinersdorff**, Justitiar Deutsche Netzmarketing GmbH, Köln/Heucking Kühn Lür Wojtek, Hamburg – **Prof. Dr. Alexander Roßnagel**, Universität Kassel/Leiter der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) – RA **Prof. Dr. Joachim Scherer**, Baker & McKenzie, Frankfurt a.M. – RA **Dr. Raimund Schütz**, Loschelder Rechtsanwälte, Köln – **Prof. Dr. Ulrich Sieber**, Direktor und Leiter der strafrechtlichen Abteilung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg / Honorarprofessor und Leiter des Rechtsinformatikzentrums an der Ludwig-Maximilians-Universität, München – RA **Dr. Axel Spies**, Bingham McCutchen, Washington DC – **Prof. Dr. Gerald Spindler**, Universität Göttingen – **Prof. Dr. Eike Ullmann**, Vors. Richter des I. Zivilsenats am BGH a.D., Karlsruhe

REDAKTION

Anke Zimmer-Helfrich, Chefredakteurin –
RAin **Ruth Schrödl**, Redakteurin –
Marianne Gerstmeyer, Redaktionsassistentin
Wilhelmstr. 9, 80801 München

EDITORIAL

NSA-Überwachung und Kritik: Neuer Vier-Punkte-Plan von Präsident Obama

Vor seinem Sommerurlaub Anfang August 2013 hat *Präsident Obama* doch noch auf die vielfältige Kritik an den Überwachungsprogrammen der NSA reagiert. Soweit bekannt, betrifft die Kritik auch und gerade TK-Verkehrsdaten. Er stellte bei einer gut besuchten Pressekonferenz im Weißen Haus sein Vier-Punkte-Programm zur Lösung der Krise vor. Damit will er in den USA und im Ausland Vertrauen gewinnen und zugleich die Arbeit der NSA transparenter machen. Sein Ziel ist es, die richtige Balance zwischen Sicherheit und Freiheit herzustellen. Die vier Punkte des *Präsidenten* lauten zusammengefasst:

- Novellierung von Teilen des USA Patriot Act (insbesondere der umstrittenen Section 215 – business phone records) durch den Kongress und Überprüfung der Regeln der Telefonüberwachung;
- Reform des Gesetzes über Auslandsspionage (FISA) – insbesondere des *FISA Court*, des Geheimgerichts, das die NSA-Überwachungsmaßnahmen vorab genehmigen muss;
- Gründung einer neuen Abteilung der NSA für den Schutz von Bürgerrechten und Datenschutz. Auf einer Website der NSA soll die Arbeit der Agentur möglichst offen dargestellt werden;
- Bewertung der Überwachungsprogramme von Experten außerhalb der Regierung. Ein Zwischenbericht soll binnen 40 Tagen erstellt werden. Der Schlussbericht soll bis Ende 2013 vorgelegt werden.



Dr. Axel Spies

Präsident Obamas Kommentare in der Pressekonferenz zur Kritik an der NSA-Überwachung im Ausland ergänzen das Bild wie folgt: „Ich bin mir bewusst, wie diese Themen im Ausland gesehen werden, weil die amerikanische Führung in der ganzen Welt vom Beispiel der amerikanischen Demokratie und der amerikanischen Offenheit abhängt, denn was uns unterscheidet von anderen Ländern ist nicht nur unsere Fähigkeit, unsere Nation zu sichern – es ist die Art, wie wir es tun, mittels einer offenen Debatte und eines demokratischen Prozesses [...]. Und gegenüber den anderen auf der ganzen Welt möchte ich einmal mehr deutlich machen, dass Amerika sich nicht für die Bespitzelung gewöhnlicher Menschen interessiert. Unsere Geheimdienste sind vor allem auf der Suche nach Informationen, die notwendig sind, um unser Volk zu schützen – und in vielen Fällen auch, um unsere Verbündeten zu schützen.“

In den US-Medien wird diese Erklärung so ausgelegt, dass die Überwachungsmaßnahmen realistisch betrachtet im Prinzip wie bisher weitergehen. In einem Bericht des Weißen Hauses vom 9.8.2013 heißt es unter Berufung auf einige Entscheidungen des *U.S. Supreme Court*, dass bei TK-Verkehrsdaten die Teilnehmer eines Anrufs keine „vernünftige Erwartung auf den Schutz ihrer Privatsphäre“ hätten. Die *New York Times* kommentierte die Aussagen des *Präsidenten*: „Seine unterschwellige Botschaft war klar: die expansive Überwachung des Telefonverkehrs und der elektronischen Kommunikation geht weiter, da die Sicherheit des Landes davon abhängt. [...] Als Snowden vor zwei Monaten damit begann, geheime Dokumente zu veröffentlichen, sagte Obama, er begrüße eine Debatte über die Trade-offs der NSA-Überwachung und der Privatsphäre. Aber die Debatte hat einen weit größeren Umfang angenommen, als Regierungsvertreter erwartet haben.“

Wenig Handlungsdruck im Kongress

Wird diese Initiative ausreichen, um den *US-Kongress* zum Handeln zu bewegen? Der *Kongress* hat bislang wenig Anstalten gemacht, den *USA Patriot Act* zu reformieren. Das *Repräsentantenhaus* stimmte am 24.7.2013 mit 217 zu 205 Stimmen gegen einen Antrag, die Sammlung elektronischer Daten zu beschränken, einschließlich der Aufzeichnung von Telefondaten. *Obama* zeigte sich vor der Abstimmung eher als Hardliner und schlug sich genauso wie der republikanische Sprecher des Repräsentantenhauses, *John A. Boehner*, auf die Seite der Geheimdienste und ihrer Methoden. Beide lehnten den Vorstoß der Anti-Überwachungs-Anhänger ab. In der republikanischen Partei haben sich *Rand Paul* als Kritiker der Überwachungsbefugnisse und der Gouverneur von New Jersey *Chris Christie* als deren Befürworter als Wortführer der unterschiedlichen Seiten in Stellung gebracht. Beiden geht es schon um die Präsidentschaftswahl 2016. In der *Demokratischen Partei* gibt es zwar deutliche Kritik, es fehlt aber weiterhin an einem gewichtigen Wortführer. Maßnahmen, die das *Repräsentantenhaus* passieren, müssten ohnehin erst vom *US-Senat* gebilligt werden. Der *Präsident* könnte sie dann immer noch durch ein Veto blockieren.

Einen Druck von öffentlichen Stellen, wie in Deutschland die – in ZD-Aktuell 2013, 03691 bereits kommentierte, in vielerlei Hinsicht bemerkenswerte – Erklärung der Datenschutzbehörden vom 24.7.2013 gegen die Genehmigung von Datenübermittlungen in die USA, gibt es in den USA nicht. Eine Bundesdatenschutzbehörde, die auch politisch zu den Maßnahmen Stellung beziehen könnte, existiert nicht. Die *Federal Trade Commission*, die sich gerne als Bewahrerin der „Privacy“ der Verbraucher in den USA sieht, hat zu den Plänen des *Präsidenten* keine Stellung bezogen. Auch wenn es durchaus einige Initiativen von US-Verbraucherschutzorganisationen wie der *CDT* gegen die Überwachungsmaßnahmen gibt, ist die amerikanische Öffentlichkeit gespalten, wenn es um die NSA-Programme geht. 50% halten sie für notwendig und richtig, 44% sind dagegen. Ob dieses Potenzial ausreicht, um eine echte Bürgerrechtsbewegung gegen den *Patriot Act* in Gang zu setzen, kann man durchaus bezweifeln. Eine Kerngruppe von Gegnern gibt es sicherlich – gerade unter jungen Amerikanern: 70% der Befragten sind sich sicher, dass die bei der NSA gespeicherten Daten für andere Zwecke als die Terrorbekämpfung genutzt werden. Mehr als ein Viertel der Befragten glaubt, selbst schon von den Behörden ausgespäht worden zu sein. Für die republikanische Opposition besteht weiterhin das Dilemma, dass sie einerseits einen Kampf gegen den Terrorismus gerade mit den Mitteln der NSA befürwortet, auf der anderen Seite für eine Begrenzung der Eingriffe der Regulierung in die Bürgerrechte eintritt.

Erheblicher wirtschaftlicher Schaden

Auf Grund dieser Interessenlage ist nicht zu erwarten, dass nun neue US-Gesetze neue Wege öffnen, um Personen außerhalb der USA eine Klage oder eine Auskunft in den USA zu ermöglichen, welche Daten die Regierung wann über sie gespeichert hat. Für die Ausspähung von US-Bürgern durch die NSA mag das anders sein. Im Gegenteil werten viele US-Unternehmen die Kritik an der NSA als Vorwand der Europäer, um für ihre Internetwirtschaft Wettbewerbsvorteile zu erzielen. In einer kürzlich erschienenen Studie der *Information Technology & Innovation Foundation (ITIF)* von Anfang August 2013 heißt es, dass allein der Schaden für die Cloud Computing-Industrie der USA in den nächsten drei Jahren zwischen US-\$ 21 und 35 Mrd. betragen wird, weil deren Kunden zu nicht US-basierten Cloud-Diensten abwandern. Dies könnte zu einem Verlust von rd. 20% der Marktanteile dieser Dienstleister in ausländischen Märkten führen.

Dass gerade Deutschland als Drehscheibe im Kalten Krieg dabei auch Zielscheibe der NSA-Aktivitäten war und ist, verwundert die meisten Beobachter wenig. Schmerzlich für die amerikanische Seite ist jedoch die Erkenntnis, dass ihre Lobby-Arbeit in Brüssel gegen nach Ansicht der US-Unternehmen überzogene Regeln der Datenschutzreform (wie gegen das „Recht, vergessen zu werden“) an Glaubwürdigkeit verloren hat. Die US-Unternehmen sind sich durchaus bewusst, dass die Befürworter der Reform u.a. im *EU-Parlament* und in der *Kommission* die Berichte über die NSA-Überwachung nutzen werden, um die angestrebten Reformen des Datenschutzrechts zügiger in ihrem Sinne zu verabschieden. Die Kritik aus der EU in diesem Zusammenhang an der angeblich fehlenden Überwachung der EU/US Safe Harbor-Prinzipien, die direkt nichts mit der NSA-Überwachung zu tun haben („Safe Harbor not so safe?“), weisen die US-Vertreter weit von sich.

Der Vorwurf der Wirtschaftsspionage der USA gegenüber Deutschland wird in Washington auch bei Freunden Deutschlands mit Unverständnis aufgenommen. Deutschland profitiere ja weiterhin von den Kenntnissen der US-Geheimdienste. *Prof. Jackson Janes*, der Leiter des renommierten *American Institute for Contemporary German Studies* der Johns Hopkins University hat die Meinung der Amerikaner zur Kritik aus Deutschland kürzlich in einem Artikel für den „Stern“ wie folgt formuliert: „Wir haben ja verstanden, dass ihr Deutschen besonders sensibel auf diesem Gebiet seid, auch wegen eurer Vergangenheit. Bitte versteht ihr aber auch: Da draußen gibt es einen Teil der Welt, der böse ist. Das entschuldigt nicht, dass die NSA mit ihren Aktivitäten übertrieben hat. Es entlässt uns auch nicht aus der Verantwortung, dass wir mehr erklären müssen, was wir tun. Aber wir erwarten auch von euch Deutschen, dass ihr eure Hausaufgaben macht. Es reicht nicht aus, laut zu lamentieren und sich still und heimlich doch weiter auf die amerikanische Kompetenz zu verlassen“.

Washington DC, im September 2013



Dr. Axel Spies

ist Rechtsanwalt bei Bingham McCutchen, Washington DC, und Mit-herausgeber der MMR.